Volumen VI • septiembre 2019
USFQ LAW REVIEW

Alcance y oportunidad del arbitraje en equidad y *ex aequo et bono* dentro del sistema jurídico ecuatoriano

María Emilia Flores Suasnavas
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: mefloress@estud.usfq.edu.ec

Elías David Orozco Herrera
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: eorozcoh@estud.usfq.edu.ec

Recibido / Received: 12/03/2019
Aceptado / Accepted: 26/03/2019
DOI: 10.18272/lr.v6i1.1393

Citación

Flores Suasnavas, M. E., y E. D. Orozco Herrera. «Alcance Y Oportunidad Del Arbitraje En Equidad Y Ex Aequo Et Bono Dentro Del Sistema jurídico Ecuatoriano». USFQ Law Review, Vol. 6, n.º 1, agosto de 2019, p. 27, doi:10.18272/lr.v6i1.1393.

Resumen
El arbitraje en equidad, conocido también como *ex aequo et bono*, no ha sido desarrollado satisfactoriamente en la legislación y jurisprudencia ecuatorianas, lo que ha hecho que la doctrina plantee diversas y complejas teorías sobre su alcance y oportunidad. Dichas doctrinas no han sido sistematizadas eficientemente para llegar a un entendimiento global de la cuestión. En el arbitraje en equidad, el árbitro posee facultades discrecionales para laudar de conformidad con su leal saber y entender, noción que distintos tratadistas ecuatorianos y extranjeros han buscado limitar a lo largo de los años. Así, el arbitraje en equidad trae una serie de interrogantes e imprecisiones que provienen de su nomenclatura, su relación con las fuentes formales del Derecho y su aplicabilidad en la parte adjetiva y en la resolución de fondo del laudo.

Palabras clave
arbitraje; equidad; ex aequo et bono; alcance; oportunidad; debido proceso arbitral

Scope and opportunity of equity and ex aequo et bono arbitrations within the Ecuadorian legal system

Abstract
Equity arbitration, also known as ex aequo et bono, has not been satisfactorily developed in Ecuadorian laws and judicial precedents. This has encouraged authors to advocate diverse and complex theories about its scope and opportunity. However, those doctrines have not been efficiently systematized to reach a global understanding of the matter. Arbitrators have the ability to issue awards according to their knowledge and understanding, a right that different experts have attempted to limit for several years. In this way, equity arbitration presents several questions because of the inaccuracies founded on its name, its relationship with other formal sources of law, and its applicability to the procedural aspect of the arbitration and substantial decision of the award.

Keywords
arbitration; equity; ex aequo et bono*; scope; opportunity; arbitral due process*

1. Introducción

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos que, de acuerdo a Gary Born, se utiliza para resolver "disputas [...] con el objetivo de obtener procedimientos justos y neutrales, flexibles, eficientes, capaces de ser ajustados a las necesidades del caso particular, sin las formalidades y tecnicidades de las reglas procesales aplicables en las cortes nacionales"[1]. De acuerdo con Born, las partes gozan de autonomía sustancial para acordar el procedimiento arbitral, y a los árbitros, encargados de dictar la decisión final mediante un laudo, se les confiere amplias facultades discrecionales cuyo límite se encuentra únicamente en el acuerdo en contrario de las partes.

Según la forma de dictar el laudo, el arbitraje puede darse en derecho —*arbiter iuris*— o en equidad —*arbiter ex aequo et bono*—. Aquel se resuelve mediante las fuentes del derecho (legislación, jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho y doctrina), y no presenta mayores inconvenientes. Este, por el contrario, se resuelve según el leal saber y entender del árbitro, noción que ha traído discusiones de gran importancia que serán explicadas ampliamente a lo largo de este trabajo. El arbitraje *ex aequo et bono*, conocido de manera imprecisa como arbitraje en equidad, comúnmente alude al arbitraje cuyo fallo contiene una justificación basada en nociones de justicia y conciencia, sin perjuicio de la normativa legal que pueda ser subsumida a los hechos sobre los cuales versa la controversia.

Fernando de Trazegnies presenta una definición sintetizada, sosteniendo que, en la clase de arbitraje en cuestión, "el árbitro extrae la conclusión atendiendo a lo que considera bueno y equitativo"[2]. De manera similar, Trakman conceptualiza a las decisiones *ex aequo et bono* como aquellas en las cuales el adjudicador decide sobre la base de lo que es justo y bueno a la luz de su conciencia lo cual, en algunas ocasiones, puede encuadrarse incluso fuera de la ley[3]. Por último, existen posturas más amplias, como la de Bělohlávek, quien sostiene que, en la práctica internacional, el arbitraje *ex aequo et bono* presenta una toma de decisiones *praeter legem* en dominio de principios de moralidad y equidad, siendo esta última la noción subjetiva que el árbitro concibe de justicia.[4]

Distintos son los alcances que se atribuyen a esta clase de arbitraje, pues existen posturas que lo favorecen otorgándole la cualidad de desapego sustancial a la norma jurídica. Como indica Lauterpatch, el arbitraje en equidad "[i]ntroduce la posibilidad

1 Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*, segunda edición. Países Bajos: Kluwer Law International, 2016, pp. 1-44.

2 De Trazegnies Granda, Fernando. "Arbitraje de Derecho y arbitraje de consciencia". *Ius Et Veritas*, No. 12 (1996), pp. 115.

3 Traducción libre. Trakman, Leon. "Ex Aequo Et Bono: Demystifying an Ancient Concept". *Chicago Journal of International Law*, Volumen 8, No. 2 (2008), pp. 621.

4 Bělohlávek, Alexander J. "Application of law in arbitration, ex aequo et bono and amiable compositeur". *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration* (2013), pp. 25-51.

de modificar la ley en conformidad con la justicia y requerimientos políticos"[5]. Por otro lado, distintos sectores de la doctrina le otorgan a esta modalidad un carácter más limitado, en que la sujeción al ordenamiento jurídico positivo es fundamental. Tal es el caso de Trazegnies, quien advierte que "[l]a equidad no implica rechazar los criterios de Derecho sino ampliarlos de manera que el árbitro disponga de más poder discrecional para llegar a una solución adecuada"[6]. Sin embargo, si se analiza detenidamente el texto, se podrá notar que existe una importante distinción en la terminología empleada por cada autor. Además, quienes en algunos casos hacen uso del término *ex aequo et bono*, en otras secciones se refieren al arbitraje en equidad. La distinción no es nada inocua pues, como se explicará más adelante, cada término acarrea consecuencias jurídicas distintas y, en tal sentido, otorga al árbitro facultades diferentes al momento de laudar.

Como se puede ver, el arbitraje en equidad es una institución que no ha sido desarrollada a profundidad en la jurisprudencia, y que ha sido abordada muy pobremente en la legislación nacional. La doctrina, por su parte, no ha logrado llegar a un consenso al respecto del alcance de la equidad en relación con la normativa adjetiva. Por eso, el presente trabajo, con temor a ser tachado de ambicioso, procurará sistematizar las tesis y argumentos que responden a los problemas mencionados e intentará explicar cuál de ellas debería aplicarse en Ecuador a la luz del ordenamiento jurídico vigente.

2. Plexo normativo

El arbitraje *ex aequo et bono* ha sido un instrumento de gran eficacia para la resolución de controversias, principalmente de índole comercial, pues encuentra su utilidad máxima en las controversias internacionales que exceden el ámbito de aplicación de las leyes nacionales. En consecuencia, las firmas contratantes prefieren que sus conflictos se resuelvan sobre la base de principios de buena fe en lugar de verse en la desgastante necesidad de sujetarse al formalismo y a la inflexibilidad de las normas positivas[7]. En tal tenor, varias legislaciones, incluida la ecuatoriana, han acogido diversos conceptos y regulaciones para esta clase de arbitraje. Algunas convenciones internacionales, de igual forma, se refieren a la materia en cuestión, a diferencia de otras que, por el contrario, guardan silencio con respecto a la misma. A continuación, se procederá a revisar los conceptos que se acogen —o no— en cada una de ellas.

5 Traducción libre. Lauterpatch, Hersch. *The Function of Law in The International Community*. Reino Unido: Oxford University Press, 1933, p. 9.
6 De Trazegnies Granda, Fernando. *Óp. cit.* p. 116.
7 *Ibid.*

2.1. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia

El estatuto de la Corte Internacional de Justicia es el documento base que reconoce, dentro del Derecho internacional, a la equidad como una fuente para resolver controversias. La Corte Internacional de Justicia, sin tener competencia para conocer conflictos de naturaleza arbitral, incluye la figura de decisiones *ex aequo et bono* en el segundo numeral del artículo 38 de su estatuto: "La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren"[8]. Del texto se puede evidenciar el carácter convencional en el cual reside la naturaleza de las decisiones en equidad. Incluso al tratarse de un órgano jurisdiccional, con competencia internacional, es evidente la trascendencia que esta modalidad de decisiones ha adquirido en el ejercicio de la administración de justicia.

2.2. Convención de Nueva York

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, también conocida como Convención de Nueva York, suscrita en 1958 y ratificada por Ecuador en 1968, es probablemente uno de los instrumentos legislativos más relevantes en materia de arbitraje comercial internacional[9]. Considerando la relevancia del tratado, llama la atención encontrar que dentro de este no existe disposición alguna referente al arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*. Sin perjuicio de esto, se puede observar cómo la Corte de Casación Francesa ha aceptado que se cumplan laudos pronunciados como amigables componedores[10] bajo la Convención de Nueva York[11].

2.3. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional

También conocida como Convención de Panamá, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional entró en vigor en 1976. Fue suscrita entre Estados Unidos y países de Centro y Suramérica, incluyendo al Ecuador, que la ratificó en 1991. Al igual que la Convención de Nueva York, no contiene ninguna estipulación expresa acerca del arbitraje *ex aequo et bono* o en equidad[12].

8 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Artículo 38.

9 Born, Gary. *Óp. cit.* p. 3.

10 La expresión «amigable componedor» es definida como un procedimiento en el cual los árbitros fallan sobre la base de disposiciones legales y principios del Derecho, pero teniendo la facultad de alterar los efectos de la aplicación de la norma positiva. La equidad es solo una de las diversas dimensiones de la toma de decisiones como amigable componedor. (*Vid*. Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 25.)

11 Hong, Lin Yu, "Amiable Composition a Learning Curve", *Journal of International Arbitration* (2000), p. 82.

12 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (1975).

2.4. Convención de Washington (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, conocido por sus siglas CIADI, en inglés ICSID, es una institución del Banco Mundial cuya sede se encuentra en Washington D. C. Su función radica en la resolución de diferencias relativas a inversiones en el plano internacional. En su Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados adopta la posibilidad de que las partes decidan que sus controversias se ventilen por medio de arbitraje *ex aequo et bono*.

> Artículo 42
> 1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.
> 2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.
> 3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo **no impedirán al Tribunal**, si las partes así lo acuerdan, **decidir la diferencia *ex aequo et bono***[13] [énfasis añadido].

2.5. Convención de Ginebra

La Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, también conocida como Convención de Ginebra, entró en vigor en 1964. Un sector de la doctrina considera que fue concebida de forma suplementaria a la Convención de Nueva York[14]. Al igual que esta última, no contiene disposición expresa acerca del arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*.

2.6. Ley Modelo Uncitral

La Ley Modelo, concebida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1985, es conocida por sus siglas CNUDMI, en inglés UNCITRAL. En palabras de Born, la ley modelo constituye "[e]l instrumento legal más importante en el campo del arbitraje comercial internacional"[15]. A diferencia de la Convención de Nueva York, el instrumento legal en cuestión contiene las siguientes referencias al arbitraje *ex aequo et bono*:

> Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio
> 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se

13 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966). Artículo 42.
14 Born, Gary. *Óp. cit.*, p. 10.
15 *Id.*, p. 11.

> refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
> 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
> 3) El tribunal arbitral **decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor** solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
> 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso[16] [énfasis añadido].

La secretaría de la CNUDMI ha realizado una nota explicativa de la Ley Modelo, en cuyo apartado "Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones. Normas aplicables al fondo del litigio", se refiere a las decisiones *ex aequo et bono* como sigue:

> […] [l]as partes pueden autorizar al tribunal arbitral a que decida el litigio ex aequo et bono o como amigable componedor. Por el momento este tipo de arbitraje (en el cual el tribunal arbitral dirime el litigio fundándose en principios que estime equitativos, sin tener que remitirse a un régimen jurídico determinado) no se conoce ni aplica en todos los ordenamientos. Tampoco se trata de regularlo en la Ley Modelo. […] en todos los casos en que el litigio guarde relación con un contrato (incluido el arbitraje *ex aequo et bono*), el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones contractuales y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso[17].

2.7. Legislación ecuatoriana

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se pueden distinguir algunas referencias al arbitraje en equidad. Sin embargo, no existe alusión explícita al término *ex aequo et bono*, salvo en los tratados de los cuales Ecuador es parte. La legislación ecuatoriana ha desarrollado la figura del arbitraje en general y de la equidad en particular en los cuerpos normativos detallados a continuación.

2.7.1. Constitución de la República del Ecuador

Por su parte, la Constitución hace una breve mención a la equidad enmarcándola dentro de las atribuciones de los jueces de paz: "Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad"[18]. Sin embargo, no se menciona nada con respecto a la equidad en el arbitraje.

2.7.2. Ley de Arbitraje y Mediación.

Probablemente la referencia más relevante dentro de este análisis es la facultad que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) les otor-

---

16 Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2006). Artículo 28.

17 Secretaría de la CNUDMI, *Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, 2008*, pp. 25-39. https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf (acceso: 25/02/2019).

18 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 189. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

ga a los árbitros para fallar tanto en derecho como en equidad, atendiendo a las disposiciones de las partes.

> Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados[19].

Lo que más llama la atención del precitado artículo es el carácter principal que la ley le otorga a la equidad frente al derecho. Pues como puede observarse, si las partes no han pactado nada al respecto, el fallo deberá fundamentarse en equidad. De esto se desprende que, en Ecuador, la regla general es que el arbitraje se da en equidad salvo disposición en contrario de las partes.

Otra observación importante que se desprende de la norma es la fundamentación que el legislador le atribuye a la equidad. Como se puede observar, en el segundo inciso del artículo se dispone que esta deberá fundamentarse en el leal saber y entender de los árbitros, así como también en los principios de la sana crítica, consideraciones que serán abordadas con posterioridad en este estudio.

Un último comentario que puede darse a este artículo es que la ley desestima la condición de ser abogado para ser un árbitro en equidad. Como indican ciertos comentaristas, al no existir el requisito de que el árbitro sea abogado, pueden presentarse diversos inconvenientes con respecto a la aplicación práctica de normas procesales. Esto en vista de la falta de conocimiento técnico del cual puede adolecer el adjudicador frente a las reglas del procedimiento[20].

2.7.3. Código Orgánico de la Función Judicial

Al igual que la Constitución, el Código Orgánico de la Función Judicial se refiere a la equidad dentro del contexto de la justicia de paz. En el artículo 247, se detallan los principios aplicables a esta modalidad de justicia, dentro de la cual se contempla:

> [N]o puede imponer acuerdos a las partes, pero sí debe proponer fórmulas de solución, sin que ello implique anticipación de criterio ni se le pueda acusar de prevaricato. En caso de que las partes no lleguen a este acuerdo, la jueza o el juez de paz dictará su resolución en equidad, sin perjuicio del control constitucional correspondiente[21].

19 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM). Artículo 3. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.
20 Cárdenas, Juan Pablo. "El arbitraje en equidad", *Vniversitas*, No. 105 (2003), p. 354.
21 Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 247. Registro Oficial No. 544 de 09 de marzo de 2009.

Del texto, se puede destacar la frase al final del artículo, "sin perjuicio del control constitucional correspondiente"[22]. Esto es fundamental para entender la perspectiva desde la cual el sistema jurídico ecuatoriano aborda la noción de equidad y su aplicación en la administración de justicia. Por analogía, se puede inferir que, al no existir disposición expresa en contrario, las resoluciones en arbitraje dictadas en equidad también están sujetas al control constitucional al igual que cualquier otra decisión de la administración de justicia.

2.7.4. Código de Procedimiento Civil

El ya derogado Código de Procedimiento Civil, en su artículo 1131, menciona a la equidad como un criterio aplicable a las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia:

> Los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, en las sentencias y autos con fuerza de sentencia, tendrán la facultad de aplicar el criterio judicial de equidad, en todos aquellos casos en que consideren necesaria dicha aplicación, para que no queden sacrificados los intereses de la justicia por solo la falta de las formalidades legales.[23]

Es importante precisar que tal disposición no es acogida por el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).

3. Equidad y *ex aequo et bono*

Como fue explicado en los párrafos introductorios, no existe consenso en la doctrina con respecto a la diferencia o similitud de las nociones de «equidad», por una parte, y «*ex aequo et bono*», por otra. Históricamente, tal disimilitud no se ha manifestado de manera reiterada, e incluso ha sido abandonada en la práctica, especialmente tratándose de acuerdos arbitrales celebrados entre 1798 y 1914[24]. Sin embargo, los autores modernos han considerado oportuna la distinción, la cual depende de la relación que la decisión guarda con respecto a la norma jurídica[25].

Con el objetivo de intentar sistematizar las diferencias entre los dos conceptos, se plantea una primera distinción atinente a las acepciones de la palabra «equidad», para la que se encuentran, a saber: un sentido amplio contenido, aunque de manera vaga, en la LAM y; un sentido estricto, que se explicará a continuación.

3.1. Equidad en sentido amplio

Cuando la doctrina, siguiendo la tradición legislativa, utiliza alternativamente los términos «equidad» y «*ex aequo et bono*», se refiere al arbitraje en que la decisión

22 *Eiusdem*.
23 Código de Procedimiento Civil. Artículo 1131. Registro Oficial No. 687 de 18 de mayo de 1987.
24 Sohn, Louis B. "The function of international arbitration today", *Recueil des Cours*, No. 108 (1963), pp. 43-45.
25 Fouchard, Philippe; Gaillard, Manuel y Goldman, Berthold. *Traité de l'Arbitrage Commercial International*. Francia: Litec, 1996, párr. 1502. Citado por Cárdenas, Juan Pablo, Óp. cit. p. 351.

se fundamenta en el "al saber y entender"[26] del árbitro, sin ninguna acotación o aditamento. Es importante mencionar que, como la doctrina, la LAM, trata a esta figura con poca profundidad. En un ejercicio de síntesis, excluye cualquier consideración sobre la relación que debe existir entre aquel "leal saber y entender" y las fuentes formales del Derecho, a saber: legislación, jurisprudencia, costumbre, principios generales del Derecho y doctrina.

En este punto, es importante realizar una aclaración sobre el significado de la noción de "leal saber y entender". Coca Payeras presenta una definición precisa al explicar que el leal saber y entender en la equidad representa una combinación entre la capacitación o preparación del árbitro (saber) y su apreciación de los hechos (entender). La jurisprudencia española ha desarrollado también la idea al explicar el alcance de la "lealtad", que significa que los árbitros deben ser objetivos e imparciales[27].

Ahora bien, dicho "leal saber y entender" no puede verse de forma aislada, pues sigue siendo una figura reconocida por el ordenamiento jurídico ecuatoriano y, como tal, pertenece a un sistema de normas positivas. Sin duda, la equidad (en sentido amplio) se encuentra en una dinámica continua con las normas del Derecho, combinándose con ellas, alternando su aplicación, o excluyéndolas completamente. Por eso, la equidad en su sentido amplio puede tratarse de: (i) equidad en sentido estricto; o de, (ii) *ex aequo et bono*.

3.1.1. Equidad en sentido estricto

La equidad en sentido estricto hace referencia a una decisión con carácter *praeter legem*, lo que significa que se enmarca dentro del ordenamiento jurídico y, por ende, encuentra su justificación en la noción de justicia que se desprende de una norma legal. En palabras de Bělohlávek, una decisión de esta naturaleza sería aquella "de acuerdo al derecho y dentro de los límites del sistema legal"[28].

Este sería el caso de un árbitro que, considerando la existencia de una disposición legal que establece y regula la cláusula penal moratoria, y realizando una subsunción de los hechos a la norma, condena al pago de dicha cláusula (reconociendo un derecho de conformidad con el ordenamiento jurídico positivo). A pesar de eso, atendiendo a su leal saber y entender y a sus consideraciones de justicia, en lugar de condenar al pago del monto establecido en el contrato, decide condenar al pago de intereses por mora calculando su monto de conformidad con la ley.

26 LAM. *Eiusdem*. Artículo 3.

27 Coca Payeras, Miguel. "Notas sobre el arbitraje de equidad". *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, No. 16 (2016), pp. 279-290.

28 Traducción libre. Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit*. p. 41.

De igual forma, el fallo podría considerarse en equidad cuando se realiza una interpretación de algún término ambiguo o vago del contrato o se complementa la voluntad de las partes de acuerdo al ordenamiento jurídico[29].

3.1.2. Fallo ex aequo et bono

Por otro lado, el fallo *ex aequo et bono* es el que se extiende por fuera del ordenamiento jurídico y, al no tener sustento en la normativa legal, la justificación de la parte específica del laudo en que se aplica *ex aequo et bono* reside en nociones sociales de justicia, moral o política, todas externas a la norma positiva[30]. Como lo explican Hallebeek y Harke, las palabras *aequo et bono* sirven para corregir la norma positiva y hacerla a un lado en casos excepcionales[31].

De acuerdo a Schreuer, las decisiones *ex aequo et bono* pueden adoptar dos modalidades. La primera consiste en ignorar completamente y, por tanto, contradecir la disposición legal que aparece injusta en el caso concreto, atendiendo a nociones de justicia individual. La segunda, por el contrario, radica en aplicar normas que, a pesar de no haber sido positivizadas, han sido consideradas la forma más justa de resolver controversias, llenando de esta manera las lagunas del ordenamiento y evitando la producción de laudos non liquet[32] [33].

Los fallos *ex aequo et bono* tienen particular importancia en relaciones contractuales a largo plazo, puesto que dicha relación podría evolucionar y nuevas circunstancias podrían emerger sin permitir una renegociación del contrato. Si se pacta un convenio arbitral bajo esta modalidad, se permitiría que el árbitro se extienda más allá del marco normativo positivo para lograr una solución más satisfactoria para las partes[34].

Este sería el caso si los hechos dan lugar a la prescripción extintiva de un derecho, y el árbitro decide declarar que el derecho aún existe porque hacer lo contrario sería injusto e inequitativo según sus consideraciones de justicia, leal saber y entender, es decir, *ex aequo et bono*. Es de esta manera que se quita el rigorismo y formalidad a la norma positiva.

---

29 *Id.*, p. 42.

30 Trakman, Leon. *Óp. cit*.

31 Hallebeek. "Some remarks concerning the so-called condictio Iuventiana". RIDA, No. 32 (1985), p.247; y Harke, J.D. "Entscheidungsbegrûndgen eines hochklassischen Juristen". *Argumenta Iuventiana*. (1999), p. 137. Citados en De Jong Hylkie. "A Byzantine interpretation of D. 12,1,32 and similar Digest fragments". *The Legal History Review*, No. 80 (2012), pp. 47-76.

32 En una decisión *non lique*t, el árbitro se abstiene de resolver el fondo de la controversia por falta de ley o, en caso de existir, por ser poco clara, incierta y/o controversial, de acuerdo a Lauterpacht, Hersch, "Some Observations on the Prohibition of *Non Liquet* and the Completeness of the Legal Order", *Symbolae Verzijl*, (1958), p. 196, citado por Stone, Julius. "Non Liquet and the Function of Law in the International Community". *British Year Book of International Law* No. 35 (1959), pp. 124-161.

33 Schreuer, Christoph. "Decisions *ex aequo et bono* under the ICSID Convention", ICSID *Review – Foreign Investment Law Journal*, No. 11, (1996), pp. 37-63; cfr. Trakman, Leon. Óp. cit.

34 *Ibid.*

4. Oportunidad de aplicación de la equidad frente a las fuentes formales

El primer problema que se presenta en la aplicación de la equidad (en sentido amplio) es la determinación la oportunidad de su aplicación. Si bien queda claro que las partes pueden convenir que el arbitraje se lleve a cabo en equidad, no es inocua la disquisición de la doctrina al no encontrar un consenso en definir cuándo el árbitro debería aplicar sus facultades para fallar en equidad. En este sentido, se han distinguido tres tesis que buscan explicar la oportunidad de aplicación de los criterios de equidad: (i) tesis de la subsidiariedad; (ii) tesis de la discrecionalidad; y, (iii) tesis de la exclusión normativa.

4.1. Tesis de la subsidiariedad

La primera tesis tiene como premisa básica limitar la oportunidad de aplicación de la equidad a las circunstancias en las cuales la misma se emplea con el fin de subsanar un vacío u oscuridad legal. De esta forma, la naturaleza de la equidad reside en una aplicación subsidiaria a la norma jurídica. A esta postura se adhiere Larrea, quien sostiene:

> El fallo en equidad parte siempre del derecho, y solo de encontrarse que las disposiciones aplicables al caso resultan injustas, **o existe vacío legal**, procedería buscar la solución justa que el legislador se habría planteado, **teniendo presente el objetivo de la ley, para ese mismo caso concreto, y según su conciencia**[35] [énfasis añadido].

Del mismo modo, otro sector de la doctrina limita la aplicación de la equidad a los vacíos legales. Tal es el caso de Trazegnies, quien emplea el término "fallo en conciencia" para referirse a la equidad en sentido amplio: "El caso más claro para fallar en conciencia es cuando existe un vacío legal o un vacío contractual: el árbitro suple este vacío a su leal saber y entender, guiado por la equidad"[36].

Sin embargo, la tesis en cuestión ha sido fuertemente cuestionada bajo el argumento de que aplicar la equidad únicamente frente al vacío legal significaría desvirtuar totalmente el concepto de la equidad misma. Esto en vista de que la equidad reside en la facultad que las partes otorgan a los árbitros para fallar sin tomar en consideración las fuentes formales del Derecho. Aplicarla únicamente en los casos de oscuridad, conllevaría la imposibilidad de apartarse de la norma positiva cuando esta no es justa y, por lo tanto, no se estaría frente a un fallo en equidad.

35 Larrea, Ana María. "Alcance y límites del arbitraje en equidad". *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, pp. 21-41.

36 De Trazegnies Granda, Fernando. *Óp. cit.*

4.2. Tesis de la discrecionalidad

Por otro lado, gran parte del sector doctrinario ha optado por adherirse a la tesis de la discrecionalidad. Esta se fundamenta en que la equidad, al ser una facultad otorgada por convención de las partes al árbitro, puede ser aplicada a discreción de este a lo largo del proceso arbitral. En este sentido, el árbitro podría fundamentar su decisión sobre la base de criterios legales, así también como criterios de equidad, armonizando el laudo con unos y otros.

Esta ha sido la tesis mayormente aplicada en la práctica, especialmente tratándose de los arbitrajes en equidad dictados por diversas instituciones arbitrales, como es el caso del CIADI. A juicio de Schreuer, la Convención CIADI no considera las decisiones ex aequo et bono como un medio para suplir vacíos legales que puedan encontrarse en las normas sustantivas.[37] Por el contrario, se ha observado que, en su práctica, la institución comúnmente aplica la equidad indistintamente de las consideraciones legales que motivan sus laudos, específicamente, empleándola como un instrumento para determinar y cuantificar las pretensiones de las partes.

Un claro ejemplo es el primer caso en el cual el centro emitió un fallo *ex aequo et bono*: Benvenuti y Bonfant c. Congo[38]. En el acuerdo, las partes otorgaron al tribunal la facultad de fallar ex aequo et bono. La parte pertinente del laudo señala: "En el presente caso, el Tribunal también tiene la Facultad de pronunciarse *ex aequo et bono* de conformidad con el acuerdo de las partes, tal como lo autoriza el artículo 42, apartado 3, de la Convención"[39].

Es importante resaltar que la cláusula contenida en el acuerdo no limitó al tribunal a fallar enteramente en equidad, pues el fondo de la controversia se resolvió sobre la base de las disposiciones de la ley congoleña. De esta forma, el tribunal reservó sus facultades específicamente para la determinación de las indemnizaciones por daños que las partes solicitaron: "Por lo anterior, debe ordenarse al Gobierno que pague los daños de B&B, cuyo monto será determinado *ex aequo et bono* por el Tribunal"[40].

B&B solicitó una indemnización con el recargo del 15 por ciento de interés anual. Al respecto, el tribunal se pronunció armonizando consideraciones equitativas con normativa legal, interacción que Schreuer califica como "particularmente conspicua":[41]

37 Schreuer, Christoph, *Óp. cit.*, p. 41.

38 Dicha controversia versó sobre la ejecución de determinado contrato en el cual las partes acordaron la conformación de un consorcio con el fin de producir agua mineral y manufacturar botellas de plástico para su embotellamiento.

39 Tribunal Arbitral CIADI. Benvenuti y Bonfant c. República Democrática del Congo. Laudo 15 de agosto de 1980, p. 349.

40 *Id.*, p. 357.

41 Schreuer, Christoph, *Óp. cit.*, p. 46.

> B&B reclamó intereses a razón del 15 % anual en todas las sumas que se le otorgaron. El Tribunal no considera posible sostener esta alegación al considerar que la ley aplicable, la ley congoleña establece una tasa de interés significativamente más baja. El Tribunal observa, sin embargo, que el gobierno, en su memorial de defensa, sugirió una tasa de interés del 10 % en relación con su contrarreclamación. En virtud de su poder para gobernar *ex aequo et bono*, el Tribunal considera que es equitativo adoptar esta tasa en relación con la indemnización otorgada a B&B[42].

Situación similar se ha presentado en el caso Atlantic Triton Company c. República Democrática de Guinea. Al igual que el fallo previamente analizado, el tribunal consideró aplicar la equidad de manera discrecional, específicamente en la determinación cuantitativa de pretensiones.

En tal sentido, podría decirse que la tesis en cuestión abarca la posibilidad de contemplar decisiones tanto en equidad estricta, como en *ex aequo et bono*. Esto en vista de que, como se ha analizado, el árbitro puede referirse a normas jurídicas y a nociones de equidad que emanan de su leal saber y entender, sin ser excluyente la aplicación de las primeras con las últimas. De este modo lo ha entendido Bělohlávek, quien sostiene:

> Sin embargo, de ninguna manera, el límite de demarcación de los poderes del árbitro en la audiencia de una disputa puede ser determinado por la transición entre la equidad y la toma de decisiones *ex aequo et bono*. En cambio, es migratorio, dependiendo de las circunstancias específicas, y siempre debe evaluarse individualmente[43].

Finalmente, y para contextualizar el alcance de la equidad en el ámbito nacional, se debe mencionar que la jurisprudencia arbitral también ha acogido esta tesis en el laudo dictado por la Cámara de Comercio de Quito el 23 de octubre de 2017, caso Prefabricados, construcciones y arenas Construarenas Cía. Ltda[44]. En el convenio, los litigantes no establecieron estipulación alguna acerca de si el arbitraje debía ser en derecho o en equidad. En consecuencia, el tribunal decidió ampararse en el artículo 3 de la LAM y así declarar que, en vistas a la ausencia de estipulación al respecto, el laudo debía ser dictado en equidad. Sobre tal punto, el tribunal hizo la siguiente precisión con respecto al alcance de la equidad:

> [A]plicar la equidad no implica que el árbitro debe olvidarse del derecho, pues ello podría llevar a fallos ilegales por arbitrarios con el pretexto de fallar en equidad, lo cual es posible pero no deseable, ni es la finalidad de la equidad. Es que la equidad no es sino la facultad que la ley concede al árbitro o árbitros para fallar con arreglo a su leal saber y entender[45].

De igual manera, el tribunal se refiere a la oportunidad de aplicación de la equidad y cómo esta guarda relación con la norma jurídica:

42 Tribunal Arbitral CIADI. *Óp. cit.*

43 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 43.

44 El proceso versó sobre el incumplimiento de un contrato de explotación petrolera suscrito por las partes intervinientes.

45 Cámara de Comercio de Quito. *Caso Prefabricados, construcciones y arenas Construarenas Cía. Ltda.* Laudo de 23 de octubre de 2017.

> De ahí que el arbitraje en equidad implique que al resolver los árbitros no deben tener en cuenta solamente la ley aplicable, sino que deben expresar lo que en su íntima convicción es la justicia, la equidad, en el caso que resuelven, lo cual les permite **apartarse de la ley cuando entre esta y la justicia no existan congruencia, que no significa que deban necesariamente hacerlo si no lo estiman necesario o equitativo** [énfasis añadido][46].

Del texto se desprende que el tribunal acoge la tesis de la discrecionalidad, estimando oportuna la aplicación de la equidad de manera libre en los casos en que el adjudicador determine que la norma jurídica no presenta compatibilidad con una determinada noción de justicia, sin significar esto que el árbitro deba ineludiblemente aplicar la equidad.

Por último, es necesario referirse al uso específico que el tribunal hizo de sus facultades para fallar en equidad. El tribunal decidió abordar la equidad desde una postura discrecional, pues empleó varias normas del Código Civil para determinar la solución al fondo de la controversia y, a la par, utilizó la equidad para cuantificar los daños causados al actor[47].

Así se puede notar que, al igual que el CIADI, el tribunal de la Cámara de Comercio de Quito actuó reservadamente al aplicar las facultades de laudar en equidad procurando que no exista una contraposición entre estas y las normas legales. Así, empleó la equidad estrictamente para determinar cuantitativamente las pretensiones de las partes.

4.3. Tesis de la exclusión normativa

Por último, cabe mencionar una tercera tesis que consiste en la exclusión total de la normativa jurídica frente a la equidad. Como advierte Trazegnies, algunos autores optan por desvincular en su totalidad el arbitraje en conciencia de las fuentes formales del Derecho, pues sostienen que la equidad no se orienta a una equidad jurídica, sino a una natural48. Dicho de otra manera, la tesis en cuestión afirma que la equidad debe aplicarse excluyendo absolutamente las fuentes formales del Derecho como una consideración para el laudo. En este orden de ideas, podría decirse que, frente a esta tesis, se obtiene un fallo puramente *ex aequo et bono*, pues no existe aplicación alguna de la norma positiva.

Plena razón le asiste a Trazegnies al mencionar con posterioridad que esta es la tesis menos aceptada, precisamente por el hecho de involucrar una renuncia total

46 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 43.

47 "Difícil de cuantificar el daño irrogado al actor por la explotación minera ilegal que hizo la demandada, [...] la mejor forma de cuantificar este daño sería establecer exactamente la cantidad de material explotado y comercializado y multiplicarlo por el valor que este material tiene en el mercado, pero no existe en el proceso prueba que permita al Tribunal aplicar esta solución, y por ello y siempre decidiendo en equidad toma como válido el requerimiento del actor en el sentido de fijar estos daños en concepto de lucro cesante, aplicando la misma pensión fija estipulada en el contrato de explotación por todo el tiempo que la mina ha estado o esté en poder de la demandada en forma ilegítima y hasta su devolución." (Cámara de Comercio de Quito. *Óp. cit.*)

48 De Trazegnies Granda, Fernando. *Óp. cit.* p. 119.

a la normativa jurídica que, en principio, podría ser justa, equitativa y, por eso, aplicable al caso concreto. De este modo, el autor sostiene que "[l]a facultad de los árbitros de conciencia de resolver según su buen leal saber y entender no puede ser comprendida, entonces, como una renuncia al uso de la ley y menos del Derecho"; y añade:

> Pienso que la equidad no puede ser utilizada como un medio de interpretación que consistiría en dejar absolutamente de lado las reglas jurídicas bajo el pretexto de que el "legalismo" no es apto para encontrar soluciones equitativas. Esto significaría que la ley es por naturaleza inequitativa, lo que equivaldría a decir que es injusta[49].

4.4. Sobre la figura del *dépeçage*

Es importante, en función del principio de autonomía de la voluntad, hacer una breve introducción a la figura del *dépeçage*, que nace como una noción de división de la ley aplicable a la solución de una controversia específica. Un convenio arbitral puede contener una cláusula *dépeçage* cuando se pacta que el laudo debe llegar a una solución en equidad únicamente en ciertos aspectos de la controversia, y mantener la norma sustantiva positiva para los restantes[50]. En resumen, la finalidad de pactar una cláusula de esta naturaleza es delimitar la aplicación de la equidad a través de una estipulación que proviene de la misma voluntad de las partes y no de una interpretación realizada por el árbitro que podría llevar a equívocos. Una cláusula *dépeçage* ocurriría, por ejemplo, si se pacta que para la declaración del derecho a recibir indemnización se utilice equidad, pero para la determinación de la cuantía se utilice la norma sustantiva correspondiente.

5. Alcance de la equidad

El siguiente problema que presentan el arbitraje en equidad y *ex aequo et bono* es en cuanto a si la equidad alcanza y debería ser aplicada también al proceso, independientemente de la posición que se adopte respecto a las tesis explicadas previamente (subsidiariedad, discrecionalidad o exclusión). Para entender esta cuestión, nuevamente, es importante abordar con detenimiento dos tesis que pretenden explicar el alcance de la equidad (en sentido amplio), y sus respectivos argumentos. Una de ellas expone una serie de razones por las que la equidad también es aplicable a la cuestión adjetiva o procesal del arbitraje. La otra, por su parte, propone que la equidad únicamente alcanza al fondo de la controversia, excluyendo su aplicación a la parte procesal y aplicando disposiciones legales para su regulación. A continuación, se procederá a explicar cada una de ellas.

49 *Ibid*.
50 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, pp. 34-36.

5.1. Tesis de la equidad aplicada al proceso y al fondo de la controversia

Quienes, como Bělohlávek y Trakman (con reservas que serán explicadas más adelante), defienden esta tesis, arguyen que la equidad debe aplicarse no solo a la decisión de fondo del laudo, sino también a todo aspecto procesal, haciendo de esta forma que el proceso sea más expedito, eficiente y transparente[51].

En la legislación ecuatoriana, esta tesis se sostiene debido a cuatro principales razones: (i) el principio de autonomía de la voluntad y de *pacta sunt servanda*; (ii) el carácter supletorio del COGEP exclusivamente en arbitrajes *de iure*; (iii) la sana crítica como criterio de equidad; y, (iv) la no necesidad de especialidad jurídica del árbitro que resuelve en equidad.

5.1.1. El principio de autonomía de la voluntad y de pacta sunt servanda

La autonomía de la voluntad ha sido definida como "el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas". En el Ecuador está reconocida en el artículo 8 del Código Civil, el cual establece que "[a] nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley"[52]. De esta forma, las partes contractuales que, en disposición de su libertad negocial, erigen un compromiso o convenio arbitral en equidad[53], lo hacen con la finalidad de obtener un arbitraje que se resuelva en aplicación de criterios de justicia y sin los rigorismos y formalidades de la norma de Derecho. Por consiguiente, la voluntad de las partes de desarrollar un arbitraje en equidad, al no excluir de forma expresa la parte adjetiva, debería entonces entenderse de forma que la incluya sin limitación alguna.

El argumento de la racionalización y disminución de formalidades adopta sentido cuando el principio de autonomía de voluntad se conjuga con el de *pacta sunt servanda*. Las estipulaciones contractuales deben ser cumplidas según su tenor literal y atendiendo a la voluntad de las partes, y si esta es de someterse a un arbitraje en equidad para disminuir el rigorismo de un proceso arbitral *de iure*, entonces debe ejecutarse de esa manera, incluyendo la parte adjetiva. Sin embargo, es menester hacer alusión a los límites de la autonomía de voluntad, que están constituidos por el orden público, noción que se explicará de manera detallada posteriormente.

51 *Cfr*. Bělohlávek, Alexander J. Óp. cit. y Trakman, Leon. *Óp. cit*. p. 641.

52 Guerra Cosme, Danay y Hernández Fraga, Katiuska. "El principio de autonomía de la voluntad contractual civil: sus límites y limitaciones". *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa* No. 6 (2012), pp. 27-46.

53 Por estipulación expresa o por aplicación de la ley en virtud del silencio.

5.1.2. El carácter supletorio del COGEP exclusivamente en arbitrajes *de iure*

El artículo 37 de la LAM prescribe: "En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho" [sic]. Esta norma se presenta favorable a la tesis en cuestión pues, si las disposiciones adjetivas constantes en la norma positiva subsidiaria se aplican exclusivamente al arbitraje *de iure*, necesariamente se sigue que en un arbitraje en equidad, la parte adjetiva que no esté normada en la LAM debe regularse según las prescripciones de la equidad, es decir, al leal saber y entender del laudador. En tal virtud, la equidad se aplica al ámbito procesal del arbitraje únicamente de forma subsidiaria cuando existen lagunas en la sección adjetiva de la LAM.

5.1.3. La sana crítica como criterio de equidad

La sana crítica, cuyos principios deben ser observados por el árbitro que resuelve en equidad[54] es una forma de apreciación de prueba que consiste en la "remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez"[55]. Ahora, el hecho de que sea un criterio de valoración de la prueba es fundamental pues esta es, indiscutiblemente, parte del derecho adjetivo, debido a que se trata de la demostración para llegar a una "convicción sobre los hechos controvertidos"[56]. Por lo tanto, si la sana crítica como criterio de equidad se aplica al momento de tasar la prueba, la conclusión necesaria es que la equidad se extiende incluso al proceso, por lo menos cuando de valoración probatoria se trata.

5.1.4. La no necesidad de especialidad jurídica del árbitro que resuelve en equidad

Un último argumento que se puede encontrar en la legislación ecuatoriana a favor de esta tesis es que, de conformidad con el artículo 3 de la LAM, el árbitro en equidad no necesita ser abogado. Por lo tanto, si las partes seleccionaren un árbitro sin conocimiento alguno del Derecho como lo autoriza la Ley de Arbitraje y Mediación, este no estaría familiarizado con la normativa procesal ecuatoriana, por lo que sería imposible que aplique las fuentes formales del Derecho para las cuestiones adjetivas de la controversia. Consecuentemente, el árbitro sin conocimiento del Derecho debería necesariamente aplicar su sana crítica, leal saber y entender para la resolución del laudo, inclusive en materia procesal.

---

54 LAM. *Eiusdem*.

55 Couture, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*, p. 85. Citado en Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*, Tomo I, sexta edición. Bogotá: Temis, 2015, p. 90.

56 *Ibid*. pp. 91-92.

De esta manera, la equidad debería aplicarse a todos los aspectos de la controversia, incluyendo las cuestiones adjetivas, excepto si existiera una cláusula de *dépeçage* en el compromiso. Una cláusula de esta naturaleza dividiría y diferenciaría a la cuestión sustantiva de la adjetiva y establecería que la parte procesal y/o procedimental del arbitraje se lleve a cabo bajo las normas de determinado ordenamiento legal[57].

5.2. La equidad aplicada únicamente al fondo de la controversia

La tesis de la equidad aplicada únicamente al fondo de la controversia se sustenta por cinco principales argumentos: (i) la naturaleza teleológica de la equidad; (ii) el orden público y las normas imperativas como límites de la autonomía de la voluntad; (iii) el arbitraje como un servicio de administración de justicia y la tutela judicial efectiva; y, (iv) debido proceso.

5.2.1. La naturaleza teleológica de la equidad

Para empezar, es importante hacer alusión al origen de la noción de *ex aequo et bono*. Para la aplicación de *ex aequo et bono*, Stephanus, profesor de la codificación de Justiniano y comentador de fragmentos del Digesto, estableció una condición especial basada en el principio general del Derecho de Pomponio: no es justo que una persona se enriquezca a expensas de otra58. Esto quiere decir que, desde sus inicios, la figura ha tenido relación con cuestiones sustantivas de la controversia por resolver, y no con aspectos adjetivos. Del mismo modo, Schreuer explica que la finalidad de la equidad es "llenar las lagunas del ordenamiento y evitar pronunciamientos *non liquet* cuando el caso no pueda resolverse por medios legales [por lo que] *ex aequo et bono* sería apropiado para disputas no legales o no justiciables"[59]. De esta manera, queda claro que la equidad es aplicable únicamente a las cuestiones sustantivas de la disputa.

Por su parte, Bělohlávek manifiesta, a través de múltiples ejemplos, que el formalismo a restarse por medio del arbitraje en equidad no se refiere al proceso, sino a las formas que impone el derecho sustantivo, verbigracia, en cuanto a plazos de prescripción de derechos, plazos de entrega de bienes, etc.[60] Del mismo modo, la jurisprudencia española ayuda al entendimiento de la cuestión por medio de la Sentencia de Audiencia Provisional Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre de 1995. Dicha decisión señala que "[l]a expresión «según su saber y entender» refleja un modelo de resolución, **desde el punto de vista sustantivo**, de las cuestiones litigiosas"[61] (énfasis añadido).

---

57 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 35.
58 De Jong, Hylkje. *Óp. cit.*, pp. 47-76.
59 Schreuer, Christoph. *Óp. cit.*, p. 38.
60 Bělohlávek, Alexander J. *Óp. cit.*, p. 35.
61 Sentencia de Audiencia Provisional Las Palmas de Gran Canaria de 29 de septiembre de 1995, citada por Coca Payeras, Miguel. *Óp. cit.*, p. 285.

5.2.2. El orden público y las normas imperativas como límites de la autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad, que moldea el convenio arbitral y, por lo tanto, determina la naturaleza y alcance de la equidad en un arbitraje de este tipo, encuentra su límite en las normas imperativas y de orden público. El orden público es un concepto con contenido variable y flexible que pretende delimitar los principios básicos que protegen el interés social y público y ciertos valores considerados fundamentales[62]. Dichas normas de orden público pueden encontrarse tanto en la legislación como en la jurisprudencia[63]. Adicionalmente, existen también ciertas normas imperativas que bajo ninguna circunstancia pueden ser contradichas por ser parte del derecho público y por su finalidad de tutelar intereses de carácter general[64].

Entre las normas que conforman estos grupos se encuentran las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, que poseen este rango precisamente porque pretenden tutelar dichos intereses generales sin los cuales el desarrollo de la vida en sociedad y del Estado de Derecho sería, por lo menos, imposible. Las normas constitucionales que toman particular relevancia en el análisis que ocupa a este trabajo son precisamente las que se refieren a las garantías del debido proceso, noción que es transversal a todo el tratamiento de la administración de justicia en la legislación, su institucionalidad y la confianza que la sociedad ha depositado en ella. Por eso, la equidad no puede contradecirlas, pues extender su alcance hacia las normas y principios de debido proceso comunes a las naciones civilizadas implicaría una pérdida de confianza en la institucionalidad del Estado y su capacidad de resolver disputas de manera justa.

Por ese motivo, además de por su carácter supremo, que las partes no pueden renunciar a la aplicación de las normas imperativas y de orden público que la ley —mediante la norma suprema u otros cuerpos de menor jerarquía— y la jurisprudencia han proscrito, pues esto significaría ignorar los principios básicos del ordenamiento jurídico[65].

Sobre este respecto, resulta de particular relevancia referirse a la Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral de la Corte Nacional de Justicia, publicada en Registro Oficial Edición Especial No. 416 de 25 de marzo de 2013. En dicho proceso se pretendió la nulidad de un laudo arbitral dictado en equidad por haber excedido los límites de lo solicitado por las partes. Al respecto, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de los márgenes de la misma:

62 Aparicio, Juan Manuel. *Contratos. Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi, 1997, p. 92.
63 Piñón, Benjamín Pablo. “Orden público”. *J.A. T.* III (1995), p. 812.
64 Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, p. 340.
65 Jara, María Elena. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017, pp. 231-247.

> [A]l resolver un proceso arbitral en equidad, los decisores de las cuestiones sometidas a arbitraje están facultados a resolver todos aquellos puntos que no siendo expresamente alegados por las partes resultan una consecuencia lógica y obligada de las cuestiones insertadas en el respectivo procedimiento, sin que aquello signifique resolver cuestiones no sometidas al arbitraje o conceder más allá de lo reclamado [...]; el único límite necesario de las resoluciones arbitrales en equidad resulta pues el orden público[66].

Puede concluirse que la apreciación de la Corte gira en torno al alcance de la equidad que, en palabras de la sala, no se circunscribe sino al marco del orden público. Es razonable interpretar este límite, tanto para las consideraciones en equidad que versen sobre el fondo como las que modifiquen el proceso.

5.2.3. El arbitraje como un servicio de administración de justicia y la tutela judicial efectiva

El artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe:

> La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.[67]

Posteriormente, en su inciso segundo, enmarca al arbitraje dentro del servicio de administración de justicia: "El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público"[68] [sic]. En consecuencia, sería correcto afirmar que, al tratarse de un servicio de administración de justicia, el arbitraje, al igual que la justicia ordinaria, se encuentra en la necesidad de observar todos los derechos y garantías fundamentales establecidas en la Constitución.

Por otro lado, el mismo cuerpo legal, establece, en el inciso cuarto de su artículo siete, que "[l]os árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley"[69]. Ahora bien, es menester analizar la distinción entre jurisdicción y facultades jurisdiccionales. Por su parte, el Código Orgánico de la Función Judicial define a la jurisdicción como "la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes"[70]. Por otro lado, la noción de facultades jurisdiccionales ha sido abordada por la Corte Nacional de Justicia en Resolución 10-2009, donde se las define como "la asunción de funciones, por particulares, que genéricamente, revisten naturaleza y esencia pública"[71] [sic].

66 Corte Nacional de Justicia. *Sentencia de Nulidad de Laudo Arbitral C-060/2001*. Sentencia de 25 de marzo de 2013.
67 Código Orgánico de la Función Judicial. *Eiusdem*.
68 *Eiusdem*.
69 *Eiusdem*. Artículo 7.
70 *Eiusdem*. Artículo 17.
71 Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. Res.10-2009, 5 de febrero de 2009.

En este sentido, la distinción entre ambas radica en que las facultades jurisdiccionales no otorgan a quien las ostenta la potestad de ejecutar lo juzgado con auxilio del poder público. En cambio, la jurisdicción enviste de poder público para ejecutar lo que se ha juzgado a quien la ostenta. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en Sentencia 007-16:

> Estas particularidades imposibilitan a los árbitros ejercer el poder coercitivo para obtener de las partes el cumplimiento forzoso de un laudo, de donde fluye que no ejercen jurisdicción, precisamente por carecer de esta facultad que solo la ejercen los jueces de la justicia ordinaria.[72]

Sin perjuicio de esto, la doctrina concuerda en que tanto la jurisdicción como las facultades jurisdiccionales, al constituir un servicio de administración de justicia, conminan a quien las gozan a observar las garantías básicas que emanan de los derechos constitucionales[73], nociones que serán abordadas con posterioridad.

5.2.4. Debido proceso

El debido proceso es un principio y a la vez un derecho que está constituido por varias garantías que tienen por finalidad la "resolución de una pretensión en orden a una paz social en función de justicia"[74]. Esta noción se cumple en un caso concreto cuando el proceso se sujeta a las normas de procedimiento que utilizan los órganos de administración de justicia[75].

El debido proceso es un principio general del Derecho reconocido transversalmente en los ordenamientos de las naciones consideradas democráticas. Este, además de otros elementos, importa la presencia del derecho a la defensa, igualdad de armas, contradicción y principios para la admisibilidad, oportunidad y valoración de la prueba, que son los principios relevantes en el análisis que nos ocupa.

Con respecto al arbitraje, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado con respecto al carácter procesal del arbitraje en general, que lo hace sujetarse "a la estricta aplicación de las normas y principios que regulan esa clase de actuaciones (judiciales)"[76].

5.2.4.1. Sobre el derecho a la defensa

El debido proceso, al ser parte de las normas que velan por intereses sociales generales (normas imperativas y de orden público), no puede ser contradicho. De lo contrario, se comprometería la institucionalidad y confianza en la administración

72 Corte Constitucional. *Sentencia 007-16.* Sentencia de 14 de diciembre de 2016.
73 Jara, María Elena. *Óp. cit.*, pp. 231-247.
74 Prieto Monroy, Carlos Adolfo. *El debido proceso penal*, segunda edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 193.
75 Suárez Sánchez, Alberto. Citado en Prieto Monroy, Carlos Adolfo. *Óp. cit.*, p. 193.
76 Corte Nacional de Justicia. *Óp. cit*.

de justicia, como se estableció en el apartado anterior. En ese sentido, cuando se trata de un arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*, a pesar de que la decisión debe basarse en el leal saber y entender del laudador y que la aplicación de su razón práctica puede ser informal y expedita, sus "procesos de adjudicación deben ser transparentes y aplicados de forma equitativa a las partes"[77]. Esto es, en resumen, una explicación del derecho a la defensa ejercido en condiciones de igualdad, noción que parte del derecho al debido proceso.

5.2.4.2. Sobre la actividad probatoria

Ahora bien, una noción que parte de las consideraciones del derecho a la defensa y la igualdad de armas es el derecho a contradecir la prueba presentada por el oponente. Este es un principio fundamental si lo que se pretende es garantizar la objetividad del proceso y que el árbitro tenga elementos suficientes para determinar la solución de la controversia de forma plenamente imparcial. Con respecto a la prueba, se revisó en un apartado anterior que su valoración se rige por la sana crítica, que está formada por la experiencia del juez dentro de un marco jurídico determinado. Por este motivo, las normas procesales que se encuadran dentro del ordenamiento positivo son aplicables bajo esta consideración, atenuadas, por supuesto, por el leal saber y entender del laudador, es decir, su noción personal de justicia y equidad. Sin embargo, además de la valoración, la prueba tiene otras facetas por analizar, a saber: (i) admisibilidad; y, (ii) oportunidad.

5.4.2.1. Admisibilidad

Sobre la admisibilidad, es importante realizar al menos una consideración con relación al alcance de la equidad. El debido proceso y las normas adjetivas provenientes de fuentes formales deben seguirse aplicando aun en arbitrajes en equidad para evitar soluciones violatorias de derechos constitucionalmente reconocidos o del orden público.

Tal situación sucedería si, por ejemplo, una parte presenta una prueba que es fruto del árbol envenenado por violar la privacidad de una persona o, en un caso extremo, por desprenderse de hechos de corrupción probados. En ese caso, la solución que parecería más justa sería admitir la prueba en beneficio de la parte perjudicada o bajo la motivación de la conmoción que pudo ocasionar el acto corrupto. Sin embargo la equidad debe limitarse a los aspectos sustantivos de la controversia, pues en materia de admisibilidad de prueba debe considerarse la constitucionalidad, licitud y legalidad para garantizar la tutela de derechos fundamentales y el orden público, pues la justicia no puede nutrirse del crimen.

77 Trakman, Leon. *Óp. cit.*, p. 639.

5.4.2.2. Oportunidad

Esta faceta de análisis de la cuestión probatoria está estrechamente ligada al principio de igualdad de armas y al derecho de contradicción. En virtud de la justicia o la equidad, un árbitro no debería contravenir normas generales del debido proceso que, de ser aplicadas, evitarían un ejercicio abusivo del derecho por alguna de las partes. El abuso del derecho ocurriría si, por ejemplo, en virtud de un convenio de arbitraje en equidad, las partes presentaran excusas para dilatar la práctica o presentación de la prueba, apelando a la sensibilidad del árbitro, pretendiendo arrebatar a la otra parte su oportunidad para ejercer su derecho a contradecir los elementos presentados de forma tardía.

En este sentido, el laudador en equidad debería adecuar su decisión a la sana crítica y utilizar las nociones procesales de oportunidad, preclusión, derecho a la contradicción e igualdad de armas. Todas estas garantías del debido proceso, que han sido reconocidas en distintas legislaciones a escala mundial, servirían para negar tal pretensión que, además de resultar inconveniente para la solución expedita de la cuestión, desconoce los derechos de las partes y su condición de igualdad. De esta forma, los principios generales del Derecho siguen siendo plenamente aplicables aun dentro de un arbitraje en equidad y, de esta forma, los derechos constitucionales no son menoscabados.

5.2.4.3. Sobre la transigibilidad del derecho al debido proceso

En este punto es importante realizar un análisis sobre la transigibilidad de los derechos constitucionales. De acuerdo a la Corte Constitucional Colombiana, el arbitraje opera únicamente cuando los derechos contrapuestos son materia transigible o de libre disposición por su titular, es decir, cuando son susceptibles de renuncia total o parcial, y esto depende principalmente de la naturaleza del derecho cuestionado[78]. Si se analiza la naturaleza del derecho al debido proceso la respuesta inmediata será que posee carácter constitucional y fundamental.

Luigi Ferrajoli define a los derechos fundamentales como aquellos "adscritos universalmente a todos en cuanto personas [...], y que son por tanto **indisponibles**" [énfasis añadido][79]. Esto, sumado al carácter supremo de la norma constitucional en la que el debido proceso se encuentra consagrado (por lo menos en Ecuador), guía a la necesaria conclusión de que el debido proceso no es un derecho de libre disposición y, por lo tanto, es considerado intransigible. En ese orden de ideas, si un derecho es intransigible, entonces no puede ser sometido a arbitraje, pues este no puede ser negociado ni peor aún, menoscabado. Por eso, la discusión dentro

78 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-098/01. Sentencia, 31 de enero de 2001.
79 Ferrajoli, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales". *Cuestiones Constitucionales*, No. 15 (2006), pp. 113-136.

de un arbitraje —en general— jamás puede versar sobre el proceso como tal, sino sobre la cuestión sustantiva del conflicto. Por tal motivo, al ser el debido proceso un derecho de naturaleza intransigible, sus garantías deben ser respetadas en todo momento y frente a cualquier situación, y sus normas deben ser observadas de manera inexorable.

Es obvio que la naturaleza intransigible del derecho al debido proceso no es una discusión que entra en un arbitraje *de iur*e, puesto que, en este, únicamente se observan normas de Derecho, tanto en la parte sustantiva como en el aspecto adjetivo de la controversia. Sin embargo, el presente análisis adquiere relevancia en cuanto al arbitraje en equidad, pues el debido proceso es un derecho irrenunciable y, por lo tanto, el árbitro debe someterse a él aun cuando aplique su leal saber y entender para las cuestiones de fondo del conflicto.

5.2.4.4. Sobre el carácter constitucional del debido proceso

Como se ha expresado en reiteradas ocasiones, el debido proceso ha sido reconocido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, y consagrado como un derecho constitucional en el artículo setenta y seis de la norma suprema, que detalla todas las garantías básicas que lo conforman[80], incluidas las que fueron explicadas en párrafos anteriores.

Con la finalidad de garantizar la tutela del derecho al debido proceso, la Constitución de la República establece un mecanismo extraordinario para recurrir autos y sentencias definitivas en que dicho derecho, y otros del mismo rango constitucional, hayan sido menoscabados: la acción extraordinaria de protección. Es cierto que ni la Constitución de la República ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescriben expresamente que este recurso se puede interponer frente a laudos. Sin embargo, el artículo treinta y dos de la Ley de Arbitraje y Mediación otorga a las decisiones finales de los árbitros —contenidas en laudos— el "efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada"[81]. Al tener el mismo efecto que una sentencia y, con la finalidad de garantizar el efectivo ejercicio del debido proceso para quienes deciden someter sus controversias a arbitraje, la procedencia de la acción extraordinaria de protección podría extenderse al arbitraje, como ha ocurrido en España y, hasta cierto punto, en México, Perú y Colombia[82].

La relación de este respecto con el arbitraje en equidad se da en el caso de que se inobserven los procedimientos establecidos en la norma positiva y el debido proceso en general en virtud de la aplicación de principios de equidad que, sin un análisis profundo, podrían parecer más justos, pero que no encuentran sustento en fuentes formales del Derecho. En tal situación, el laudo podría ser susceptible

80 Constitución de la República del Ecuador. *Eiusdem*. Artículo 76.
81 LAM. *Eiusdem*. Artículo 3.
82 Jara, María Elena. *Óp. cit*., pp. 231-247.

de interposición de acción extraordinaria de protección y, por lo tanto, de un control constitucional que, en última instancia, ordenaría una reparación integral por el o los derechos menoscabados.

Como se ha explicado, el debido proceso constituye un derecho irrenunciable que incluye ciertas garantías básicas. Al aplicar la equidad a la resolución de la cuestión adjetiva del laudo, estas garantías básicas son más propensas a ser desconocidas, aun sin intención, en virtud de las nociones subjetivas de justicia del árbitro. El derecho a la defensa, contradicción, igualdad de armas y las reglas de la actividad probatoria pueden ser respetados plenamente solo cuando son analizados dentro de un plano jurídico. Este ordenamiento proviene de normas positivas escritas o incluso de principios generales del Derecho o de la costumbre, fuentes formales que permiten llegar al conocimiento del Derecho como es, más allá de cómo considere el laudador que debería ser.

6. Propuesta de aplicación de las tesis de alcance y oportunidad de la equidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En opinión de este artículo, es importante hacer alusión a cómo debería ser el funcionamiento práctico de las tesis desarrolladas en el presente trabajo enmarcándolas dentro del contexto ecuatoriano, más allá de cómo los árbitros en efecto las emplean debido a la falta de uniformidad en sus decisiones. A nuestro criterio, los árbitros, al resolver controversias regidas por la equidad o *ex aequo et bono*, deberían realizan una labor decisoria de carácter discrecional para la determinación de la norma que van a aplicar a cada cuestión sometida a su conocimiento para su resolución en el laudo. La justificación de esto se basa en que el árbitro se encuentra regido por un ordenamiento legal positivo del cual emanan sus facultades. Es por ello que, atendiendo al convenio de las partes, el árbitro debería decidir si es más justo basarse en equidad propiamente dicha, *ex aequo et bono*, ambas, o una combinación de estas con las fuentes formales del Derecho. Cabe recalcar que cualquiera de las opciones presentadas es plenamente viable a la luz del ordenamiento ecuatoriano, siempre y cuando las normas imperativas y de orden público no sean transgredidas. Sin embargo, esto se encontraría limitado por la norma expresa establecida en el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que prescribe que todo arbitraje debe someterse a las normas procesales contenidas en la misma[83]. A pesar de la claridad de dicha regulación, existe una laguna que conduce a pensar que, en caso de que la ley guarde silencio respecto a algún asunto de carácter procesal, este debería ser resuelto mediante la equidad. De esta manera, los árbitros deberían aplicar la equidad de manera subsidiaria únicamente en las cuestiones procesales no reguladas por la normativa pertinente.

83 LAM. *Eiusdem*. Artículo 3.

Respecto a todo lo demás, debido a la precitada norma, al carácter constitucional del debido proceso, a los límites que impone el orden público, y a las facultades jurisdiccionales que poseen los árbitros aun en arbitrajes en equidad, deberían aplicarse las fuentes formales del Derecho para la solución de todo lo relativo al proceso dentro de un arbitraje en equidad o *ex aequo et bono*. De esta forma se limitaría la resolución según nociones de justicia al aspecto sustantivo de la controversia, a discreción del árbitro, según su leal saber y entender.

Para mayor entendimiento, el esquema a continuación ilustra un resumen de la aplicación práctica del arbitraje en equidad o *ex aequo et bono* en Ecuador, su alcance y oportunidad respecto a las fuentes formales del Derecho frente al arbitraje en Derecho o *de iure*.

	Parte sustantiva	Parte adjetiva
Arbitraje en Derecho	Fuentes formales del Derecho	Fuentes formales del Derecho (Ley de Arbitraje y Mediación/ normas procesales subsidiarias)
Arbitraje en equidad o ex aequo et bono	Discrecionalidad: [84] • Equidad (sentido estricto) • Ex aequo et bono • Fuentes formales del Derecho	Regla general: fuentes formales del Derecho.
		Excepción: a falta de ley, aplicación subsidiaria de la equidad (sentido amplio).

Tabla 1. Aplicación de las tesis de alcance y oportunidad de la equidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

7. Conclusiones

Como se ha podido analizar en el presente estudio, respecto al arbitraje en equidad y *ex aequo et bono* surgen grandes interrogantes que, en muchos casos, la legislación y la jurisprudencia no han podido dilucidar. Es así como, frente al tema en cuestión, se ha considerado pertinente realizar dos precisiones: la oportunidad de aplicación de la equidad frente a las fuentes formales del derecho y el alcance que tiene la equidad con respecto a la parte sustantiva y adjetiva del laudo.

Con respecto a la primera, se han presentado diversas tesis que buscan explicar su momento de aplicación. Una de ellas es la subsidiaridad, que reside en la premisa básica de aplicar la equidad únicamente en casos en los cuales existe un vacío u oscuridad legal. Por su parte, la tesis de la discrecionalidad sostiene que la equidad debería ser aplicada a decisión del árbitro de manera discrecional a lo largo del proceso sin perjuicio de las normas legales y principios que sean subsumibles

84 Según el leal saber y entender del árbitro.

al caso en cuestión. Por último está la tesis de la exclusión normativa, misma que se basa en descartar completamente la consideración de la normativa legal para la resolución de la controversia, limitando la deliberación de la causa netamente a criterios de equidad.

La segunda precisión, por su parte, gira en torno al alcance de la equidad con respecto al fondo y a la parte adjetiva del laudo. Dentro de esta discusión se contemplan dos posturas. La primera sostiene que la equidad se aplica tanto a la parte adjetiva como a la parte sustantiva del laudo. Esto en vista del principio de la autonomía de la voluntad del cual gozan las partes, el carácter supletorio que tiene la Ley de Arbitraje y Mediación frente a la voluntad y el texto del artículo 3 del mismo cuerpo legal que prescribe el empleo del leal saber y entender, así como la sana crítica para la expedición de un laudo en equidad. La segunda tesis, por el contrario, limita la aplicación de la equidad estrictamente al fondo del laudo sin permitir la modificación de la parte adjetiva del proceso. Esta tesis se fundamenta en el carácter jurisdiccional del arbitraje, su apreciación como un servicio de administración de justicia, las garantías constitucionales del debido proceso y el control constitucional al que se someten las decisiones del sistema arbitral por medio de instituciones como la acción extraordinaria de protección.

Con respecto a la aplicación del arbitraje en equidad o *ex aequo et bono* en el sistema jurídico ecuatoriano se ha podido arribar a dos principales conclusiones. Primero, parece ser que, en cuanto a la oportunidad de aplicación de la equidad al fondo de la controversia, el arbitraje local se inclina por la tesis de la discrecionalidad. Es decir que, cuando se otorga al tribunal la facultad de fallar en equidad, los árbitros fundamentan el laudo basándose tanto en criterios de equidad, *ex aequo et bono* y fuentes formales del Derecho, sin que la aplicación de uno excluya la aplicación de otro. Por otra parte, en cuanto al aspecto adjetivo del laudo, se ha evidenciado que, de conformidad con la concepción del arbitraje en del sistema jurídico ecuatoriano, la equidad se encuentra limitada por las normas imperativas y de orden público. Por eso, mientras estas no sean vulneradas y las garantías del debido proceso sean respetadas, la equidad puede aplicarse de manera subsidiaria a las normas positivas que regulen los aspectos procesales del arbitraje.